

立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟

——選挙権関係諸判例の到達点の検討——

小林 武

目 次

- 一 問題の提出と判例の概観
- 二 立法作用——とくに立法不作為——に対する国家賠償請求訴訟の成否
 - (一) 法律上の争訟性ないし訴えの利益の存否
 - (二) 司法審査の能否
 - (三) 国家賠償法一条一項の適用の能否
 - (四) 国家賠償法一条一項の適用方法
 - (五) 違法性の判断
 - (六) 故意・過失の判断
 - (七) 公務員の個人責任の問題
- 四 若干のまとめ

一 問題の提出と判例の概観

(一) 憲法の保障する諸種の人権の実現過程は、それぞれの権利内容ないしその性格に応じて多様である⁽¹⁾。そして、もっぱら国家の不作為を求める点にその法的効力を見出す人権規定を除き⁽²⁾、生存権をはじめ、選挙権、いわゆる受益

権、平等などについては、それが国家の何らかの積極的作用を媒介にしてはじめて実現されるものであることはいうまでもなく、又そこに今日の積極国家の一特徴を見ることが出来る。しかし、憲法上のこれら各人権を具体化しその実現の手段となるべき法律が、現実には、制定されていないか、人権の実現に不十分な程度にしか制定されていないか、また、むしろこの人権と逆行的なものとして制定され、そのようにして、人権規定と立法作用の間に緊張関係が生じていることが少なくない。その場合、これらの人権を保障する方途は、裁判によって当該立法作用——立法の作為ないし不作為——そのものを匡正することの中にこれを見出さざるを得ないこととなる。（なお、本稿では、立法の作為・不作為を包括して「立法作用」と総称し、そのうち、立法の作為については「立法行為」とも呼ぶこととする。また、立法作用のうち、国会のするそれに限ってとり上げる。）

ところで、右の如き人権の実現を阻害している立法作用の匡正を、司法過程を通してはかろうとするとき、わが国では、訴訟要件の面で、また、いわゆる「司法権の限界」として論じられるいくつかの問題との関連で、幾多の困難に遇うことが避けられない。なかでも、立法不作為を争う場合には、右の困難は一層大きいものとなり、とりわけ、立法裁量論ないし立法政策論が障碍として立ち現われることとなる。このような状況を念頭において、立法府の不作為からの権利救済の方途は模索されざるを得ない。そのため、立法府に対し一定の公法上の行為を命ずることを裁判所に求めるといふ直截的な途を選ぶことなく、違法な立法不作為により損害を蒙ったことを主張してその賠償を訴求し、この訴えについての判断の中で、当該立法不作為の違法性を裁判所に確認させ、もって、右不作為の匡正に道を拓くという憲法訴訟的效果を期待するタイプの訴訟が試みられてきている。

(二) この、立法府の不作為を違法理由とする国家賠償請求訴訟の成立の可否については、極く最近に至るまで実際の事例が殆んど見られなかった。もっとも、これに該るものとして、

(a) 広島高判昭四一・五・一一訟月二二卷七号一〇五〇頁。「立法行為も公権力の行使と認められるにしても、その不行為は政

治上の責任を生ずるとどまり、個々の国民の権利に対応した法的作為義務の違反となるものではない」。

(b) 最二小判昭四三・四・一九訟月一四卷七号七六五頁。「税務当局としては本件決定にききだちその根拠法規の新設に努力し、法規上の疑義を一掃した後に始めて徴税措置をなすよう取り計らうべきであった（いわゆる立法義務違反）とする上告人の主張は採用しえない旨の原判決の判断……は、……正当としては認めることができる。」

(c) 東京地判昭四九・一二・一八判時七六六号七六頁。「大量かつ危険な砲弾類を……投棄して危険性発生の原因を作り出した当事者としての被告国は、……事故の発生を未然に防止すべき法律上の作為義務を負っていたものというべきである。……もし国会ないし内閣がそのような（「右作為義務の履行を担当する」）管理機関を不明にしたまま、右義務の履行を放置していたとすれば、それはすなわち被告国の右作為義務の懈怠にはかならないものというべきである。」（「」内は引用者による。以下についても同様。）

等の事案が挙げられるが、右記の各判決要旨が示す通り、(a)は、立法不作為を法的責任の発生原因とは認めず、(b)は、立法義務違反を論証のないまま否認し、(c)も、立法府が立法行為を義務づけられるのはいかなる場合であるのかを解明していない等、この領域における先例としての価値をさほど有しないものである。

学説は、従来から、この訴訟の成立の可否につき、これを観念的には積極に解してきたが、右に示したように事案が乏しかったことにも制約されて、その具体的研究に入っていない⁽³⁾。

(三) しかし、最近に至り、選挙権をめぐる事例において、立法作用の瑕疵を理由とする損害賠償請求訴訟の成立を認める判決が相次いで出され、しかも、その多くは、立法不作為が違法理由となり得ることを認めている。すなわち、それは、在宅投票制度廃止・不復活の違憲を主張する訴訟と、議員定数配分不均衡の違憲をいうものを含むが、次の如くである。

I 在宅投票制度廃止関係

A 札幌地小樽支判昭四九・一二・九判時七六二号八頁

B 札幌高判昭五三・五・二四判時八八八号二六頁

C 札幌地判昭五五・一・一七判時九五三号一八頁

II 議員定数不均衡關係

D 東京地判昭五二・八・八判時八五九号三頁

E 東京地判昭五三・一〇・一九判時九一四号二九頁

右各判決の事実と判旨を摘記しておきたい。

A 昭和二五年制定の公職選挙法（以下「公選法」と略称する場合もある）・同法施行令の下では、不在者投票手続の一環として在宅投票制度が採用され、それは、身体障害等の事由のある者に対し、従来認められていた郵便投票に加えて、同居の親族による投票用紙の請求・投票を認めたものであったが、同二七年の同法一部改正法律は、右制度を廃止し、身体障害等の事由のある者も投票所に赴いて投票させるように改めた。これに対し、身体障害のため投票所に赴くことのできない原告は、被告国が右の法律改正を行なったこと並びにその後在宅投票制度復活の立法措置をとらないことは憲法に違反すると主張し、慰籍料の支払いを求めて提訴したものである。裁判所は、選挙権そのものの実質的侵害が問題とされている事案においては「明白の原則」ないし「司法の自己制限の立場」は採用しがたく、また、在宅投票制度の悪用による弊害の除去という立法目的は正当であるが、この目的を達するための「より制限的でない他の選びうる手段」が存しなかったことについての被告の主張・立証がないから、本件立法措置は、その裁量の限界をこえ、右を「やむを得ないとする合理的理由」がなく違憲（一五条一・三項、四四条、一四条一項）であるとし、そして、国会は違憲の立法をしないことにつき高度の注意義務があるから、本件立法措置には国家賠償法（以下「国賠法」と略称する場合もある）一条一項上の過失が認められる、として請求を一部認容した。なお、判決は、在宅投票制度を復活しない立法不作為の違憲の主張については、制度を廃止した立法行為によりすでに原告の選挙権が侵害されているから判断を要しない、との見解を示した。

B Aの控訴審である。判決は、まず、原告は在宅投票制度廃止の当時は投票所へ赴き得る程度の病状であったから、廃止の立法行為は原告に対する関係では違憲・違法を問う余地がなく、従って投票所へ赴くことが不可能なまでに病状が進んだ時期以降についての制度復活をしない立法不作为のみが問題となる、との判断を前提にして次のように説示した。すなわち、国会は憲法上、「合理的と認められる已むを得ない理由」のない限り、選挙権行使の平等を保障する立法義務を負っている、国会が請願を受けてもなお右義務づけられた立法をしないことを決定したことは立法府が特定の消極的立法判断をしたものとみなしてよく、これに対する違憲審査は許される、本件については、同制度の復活を求める請願がなされて一定期間を経、かつ身障者の投票機会喪失が大問題化しつつあった時期以降において制度復活の立法をしないことは違憲（二三条、一四条一項、一五一条一・三項、四四条但書、四七条、九三条二項）である、と判示した。ただし、判決は、右時期以降においても同制度をめぐる学説・判例は存在しなかったこと等からすれば、制度不復活についての国会議員の故意・過失は認められないとして、本訴請求を斥けている。

C A||Bと同一趣旨で、同訴訟を支援する形で提起された第二次訴訟というべきものであり、従って争点については大きな差異はない。これにつき、裁判所は、在宅投票制度を伴わない改正後の公選法の投票にかんする規定は、それが投票所へ行くことのできない身体障害者等との関係で違憲・違法であるときには、選挙の都度、それらの者の選挙権を侵害していることになるから、制度を復活しない立法不作为の違憲・違法を論ずる必要はない、として専ら制度廃止の立法行為のそれに論点をしばっている。そして、選挙権の保障は、単に選挙人資格における差別の禁止にとどまらず、選挙権行使の機会の平等化をも要求しており、合理的と認められるやむを得ない事由のない限りは、右平等保障は立法上貫徹されなければならない、また、在宅投票制度の廃止につき、より制限的でない他の選び得る方法の採用を検討せず一挙にこれをしたことは、立法目的実現のための手段として合理的でやむを得ないものであったとはいえず、憲法（一五一条一・三項、四四条但書）に違反する、と判示した。ただし、国会議員の故意・過失が認められないとして、請求を棄却している。

D 昭和五十一年の衆議院議員総選挙が依拠していた議員定数配分規定によれば、人口数を基準とする議員一人あたりの較差は、千葉県四区と兵庫県五区との間において三・七一倍等であるという状態であったところ、千葉県四区の有権者が、右配分規定に基

いて実施されたこの選挙において不合理・平等な選挙権行使を余儀なくされたことにより、本来の憲法上の参政権を侵害されて著しい精神的苦痛を蒙ったとして、国・内閣総理大臣・国会議員たる各政党代表者、の各々に対し損害賠償の請求をした。裁判所は、まず、右配分規定なる法律は原告の最も重要な基本的人権の一つである選挙権と直接の法的なかわりを有するものであり、かつ、本件では配分規定の改正行為が訴求されているのでなく慰藉料請求がなされているのであるから、当事者間には具体的な法律上の紛争が存在している、として本案判断に進む。そして、本案の問題としての違法性の有無等にかんして、投票価値の實質的平等は憲法上の要請である、右配分規定は即時かつ直接的な一定の法的効果を及ぼす処分的性格を有する、配分規定が違憲となつたときは、これを合憲ならしめるべき改正法律案の発案することは、内閣および国会議員の法的義務である、違憲の法律により選挙権が侵害されていることが何びとにも顯著であるときには、内閣ないし国会議員が改正案を発案しないことは違法な不作為を構成する、と判示した。しかし、前記較差をもってその違憲とされることの蓋然性が何びとにも顯著であるとは認められないとして請求を棄却している。

E Dと同趣の事案であり、昭和五十一年の衆議院議員総選挙において、議員一人あたりの人口数を基準にした較差が兵庫第五区との比較で三・三四倍となる東京七区の有権者が、国・内閣総理大臣・国会議員たる各政党代表者を相手に提訴したものである。この訴訟が法律上の争訟に該ることを認めた上で、投票価値の不平等が憲法上許容される限度を超えるまでに至っているにもかかわらず国会が配分規定の是正措置を合理的期間内に講じなかったときには、その立法不作為は違憲となると判示しつつも、本件選挙当時までに最高裁の判断が示されていなかったこと、較差縮減を求める請願もなかったこと等から、被告らの故意・過失は否定される、としている。

(四) 右各事例の如き、国家賠償請求訴訟により立法不作為を攻撃する方法のもつ意義について——終章でもこれに触れるが、ここで——若干述べておきたい。このような訴訟の真の目的が、損害賠償を得ることにあるのではなく、在宅投票制度の復活ないし議員定数の不均衡配分の是正という、違憲状況を排除し適憲の状況を回復ないし創出する公権力の行使を求めるところにあることは明らかである。つまり、本来は抗告訴訟により争われるべき事案であるに

もかわらず、公権力の発動をストレートに請求する場合には、行政訴訟制度上・理論上の制約が立ちはだかるが故に、損害賠償請求訴訟という道へ迂回しているわけである。その意味では、このような訴えの方法は、国家賠償訴訟の本来的な用い方ではないといわざるを得ないのであるが、とはいえ、公権力行使の義務づけを請求することが制度上・理論上の障礙に遇うことを免かれ得ない現状からすれば、国家賠償訴訟の道が選択可能なものとして視野に入ってくることになる。また、このような訴訟が公権力の発動を直接にもたらすものでないことは勿論であるが、しかし、判決中で一定の不作为の違憲が判示されるならば、そのことによりこの訴訟の真の目的に間接的にではあれ接近し得るものとなる点で、小さからぬ意義を認めることができるのである。

立法不作为を国家賠償訴訟で争った事例は、前示の如く、当面、選挙権事案に集中しており、その原因は、選挙権が基本的人権のカタログの中で民主主義の観点から見て枢要の人権であること、およびとくに選挙法規が各国民の権利に直接の法的効果を及ぼす処分的性格を有するものであるため、選挙権事案についてはこうした争訟方法を選び易いというところに求められようが、必ずしもこれら事案に限定されるわけではない。たとえば、特定産業への電気税の賦課を禁止した地方税法四八九条の制定と同条の廃止措置の解怠との違憲を理由とする損害賠償請求である、いわゆる大牟田訴訟第一審判決（福岡地判昭五五・六・五判例集未登載）などがそれである。もっとも、この判決では請求は斥けられており、また、立法不作为へのこうした争い方の適否についての判断も示されていないが、このような争訟方法のより広い活用可能性を見てとることはできよう。

立法不作为に対する国家賠償請求訴訟の法的論点は、右に挙げた諸判例ではば出揃ったように思われる。筆者は、既に、判例BおよびDにつき小評を加えたことがあるが、本稿では、それをふまえつつ、AからEまでの判例全体を視野に入れて、この種の訴訟の提示する論点を整理し、それに若干の検討を加えておきたいと思う。

註

- (1) 山下健次「生存権規定の『自由権的效果』」立命館法学一六・一一七・一一八号一頁以下（一九七四年）（さらに、参照、同「生存権の裁判的保障」『法学教室』第二期三二〇頁以下（一九七三年）、同「人権の保障と限界」Law School 一五号（一九七九年二月号）六七頁以下）は、生存権に即して、その裁判的保障の多様な途を呈示している。本稿は、選挙権に限定して、しかも若干の判例についてその論点の分析のみを課題とするものであるが、その問題意識は、右諸研究からこれを享けている。
- (2) ここで詳論する余裕はないが、自由権規定のすべてがこれに該るものと考えるのは正しくないであろう。自由権の中にも、その実質化のための国家の積極的な配慮を高い程度に要請していると見てよいものがある。「知る権利」は情報公開立法を強く促している（参照、戸波江二「立法的不作為」Law School 一六号（一九八〇年一月号）九四頁）と言えようし、このような作為請求の面をもつ自由権は他にも少なくないことに注意したい。
- (3) たとえば、田中二郎「国家賠償法について」法律時報一九卷一三三号（一九四七年）（同『行政上の損害賠償及び損失補償』（一九七七年）に再収、一六八頁）。参照、雄川一郎「日本の国家責任法（下）」ジュリスト三〇五号（一九六四年九月一日号）二八頁。
- (4) 一九五七年刊行の今村成和『国家補償法』（法律学全集9）は、違法性が認定されることはあり得ても国会議員の故意・過失が認定されることは不可能であるとし（二〇二頁）、同様に、前註の雄川論文も、「過失」を立法機関の行為自体の過失として客観的に把握したとしても「過失の認められる場合は、実際上は極めて少ないであろう」というにとどまっている（二八頁）。のち、一九七三年の下山英二『国家補償法』（現代法学全集13）では、具体的処分に等しい内容の法律についてはこの訴訟の利用可能性がある旨述べられ（二二三頁）、肯定的態度を一步進めた見解が出されている。
- (5) 判例時報九五三号一八頁のコメントによる。
- (6) 朝日新聞一九八〇年六月五日付夕刊の記事による推測である。
- (7) なお、本稿が対象とするものではないが、内閣の経済政策決定の過誤を理由とした訴訟として、いわゆる郵便貯金目減り訴訟第一審判決（大阪地判昭五〇・一〇・一判時七九〇号七頁）がある。
- (8) Bについては、小林「衆議院議員定数不均衡に対する国家賠償請求」（判例研究）南山法学二卷二号一八一頁（一九七八年）、Dは、同「在宅投票制度を復活しない立法不作為に対する国家賠償請求」（判例研究）同誌二卷三号一八一頁（同年）。

なお、小論であるが、同「国家賠償」『司法試験シリーズ憲法』（別冊法学セミナー）一八二頁（一九七九年）において、立法作用に対する国家賠償請求訴訟の成立の能否につき概説しており、参照を乞う。（右小論との関係では、本稿はそれの補説たる性格をもつ。）

二 立法作用——とくに立法不作为——に対する国家賠償請求訴訟の成否

（一）法律上の争訟性ないし訴えの利益の存否

立法作用の違憲を主張する国家賠償請求訴訟をめぐり、本案前の問題として、「法律上の争訟」（裁判所法三条）の該否ないし訴えの利益の有無が一応論点となる。給付訴訟たる国家賠償訴訟では、請求内容が具体的に明らかである以上、通常はこれらのものの存否が問われることはないが、立法作用の瑕疵を理由とするケースでは、わが国裁判所には抽象的法令審査権が否定されているとの解釈に立つ限り、具体的な加害行為の発生を示さずに立法作用そのものを理由として賠償請求を認めることは困難であろう。¹⁾従って、当該立法作用と国民各個人の具体的権利・利益との間に直接的関連性が存在すること、別言すれば当該法律が内容上具体的な処分に等しいことを示す必要があるとせねばなるまい。

この点について、判例は、議員定数関係のものだけが言及している。在宅投票制関係の判例は、A・B・Cとも、当事者が主張していないこともあって、この論点に全く触れていない。これに対し、Eは、「原告らは……具体的な不法行為を理由とする損害賠償を求めるものであり、単に抽象的に法令の効力につき違憲審査を求めたり、あるいは、本件議員定数配分規定の改正行為がそれ自体を訴求しているものではない。それ故、本件の原告らと被告らとの間には法令の適用により終局的に解決しうる具体的な法律関係ないし権利義務関係の存否に関する紛争があるものと言

える」と述べ、このようにして、もっぱら請求の具体性の有無について判断し、争訟性を認めている。しかし、先に述べたところからすれば、右Eが判示した点に加えて、当該立法作用自体が具体的処分たる性格を有するものであるかどうかを検討する必要があるといえる。この点で、Dは、選挙権が重要な基本権であることを強調した上で、「議員定数配分規定は、右規定の制定（改正を含む。）自体をもって、即ちこれが実施のための行政行為等を俟つことなく、直ちに……選挙区割、議員定数等を確定することを通じて、各選挙人の投票価値の平等性の如何を決定する効果を有するのであるから、右配分規定なる法律は、各国民の選挙権と直接の法的かわりを有する」という点で処分的性格が認められる、と判示しており、説得力に富んだものとなっている。

(二) 司法審査の能否

(一) 国家賠償訴訟であっても、立法作用、とりわけ立法不作為を判断対象とする場合には、右(一)の論点と並んで——論理的にはそれに続いて——、立法権を行使するか否かそしていかに行使するかの決定は立法裁量に属するものであるとの主張、さらに、右と共通の文脈で語られるところの権力分立論等が、司法権の限界論として問題になることは避けられない。立法作用について、これを無制約の立法裁量に属するものと捉える見地からすれば、これに対する司法審査権の行使は阻まれることになるが、⁽²⁾学説上も、国会の裁量権には憲法上の制約が存在し、したがって違法問題が生じ得るとする立場が有力であり、⁽³⁾司法審査の可能性を否定することはできない。また、「権力分立」原則は、一の場合には司法権行使の抑制を求める論理となるものではあるが、同時に他の場合には立法作用に対する司法審査の根拠ともなるものであって、つまり、それ自体は中立的概念であるから、この原則のみに拠って司法審査不能の結論を導き出すことは正しくない。

判例も、B・C・D・Eがほぼ共通して、憲法前文一項・一三条・八一条・九八条一項・九九条を引き合いに出しつつ、国会の立法権ないし国会議員の法律発案権・議決権は無制約の自由裁量権ではなく、憲法を頂点とする現行法秩序の許容する範囲内においてのみ自由裁量たり得る、との見解に立って、司法審査の可能性を導き出している。なお、Aも、民主政の理論および権力分立理論に根拠をおく明白の原則ないし司法の自己制限の立場は、民主政の根幹をなす重要な基本権たる選挙権そのものの実質的侵害が問題とされている事案では採用できない、との見地から同様の結論に達したものである。

立法の不作为の場合には、さらに、裁判所の違憲判断は立法府に作為義務を負わせることになり許されない、との主張⁴⁾があり、これが司法審査の障害を形造るものであるか、も問題となる。しかし、右主張は、国家賠償訴訟の判決が公権力行使自体を抹消・変更したりあるいは一定の公権力行使を命じたりするものではなく、不法行為により生じた損害に対する賠償の要否を明らかにするのに必要な限りで公権力行使の違法性を認定するものであるに過ぎない点を見失っており、当を得ていない。とはいえ、立法不作为に対する司法審査に踏み切るについて、判例は概して慎重であり、とりわけ判決Bの態度が抑制的である。すなわち、それは次のようにいう——「国会が或る一定の立法をなすべきことが憲法上明文をもって規定されているか若しくはそれが憲法解釈上明白な場合には、国会は憲法によって義務付けられた立法をしなければならないものというべきである」が、それだけでは「当該立法不作为の合憲性判断をすべきではない」。三権分立の原則に反し、国会に対する礼讓に悖るからである。右判断をなしうるのは、「国会が憲法によって義務付けられた立法をするのを故意に放置する場合」（傍点は引用者、以下も同じ）であり、「この場合の立法不作为は……特定の消極的な立法判断」であるといえるから、司法府の職能に親しむものである、と。このような態度は、わが国の司法権にかんする伝統的理解と調和しうるものではあるが、国家賠償請求訴訟における法令審査が、前述の通り、原告の蒙ったと主張する損害に対する賠償の要否を判定するための一過程にすぎないものである

ことから考えるとき、また、次に述べるところからしても、抑制的に過ぎるように思われる。

(二) すなわち、立法の不作為の事例についてこれを立法行為（作為）の側から問題にする論理構成が成立し得ることに留意したい。とりわけ、在宅投票制の如く、ひとたびは適憲的に立法されていた条項が違憲的に改正（廃止）され、その後も復活されないという類の立法不作為のケースについては、それは明瞭である。そこでは、投票所に赴くことのできない選挙人の投票機会の剝奪という事態の発生は、公職選挙法から在宅制度条項を削除したままこれを復活しないでいること、つまり、適憲的な状態を回復する立法をしないことに因るものであると解することは勿論可能であるが、同時に、それが、公職選挙法から右制度を削除するという法改正、言い換えれば、前記選挙人に適用される限りでは違憲となる現行法律それ自体により惹き起こされていると論ずることも、先の構成と同様に許されてよいと思われる。⁽⁵⁾ 論者が展開するところの、「公職選挙法四四条が投票所においての投票という制度を現に設けているのであるから、」これに着目し、同条は「在宅投票を認める但し書を含んでいる限りにおいてのみ、投票機会の確保という憲法上の要請を充たしているのであるから、その但し書が制除された段階で少なくとも在宅投票制に頼らざるをえない選挙人に適用される限りで違憲の規定となったものとみることができ」、右削除以降も当該選挙人との関係で違憲・違法であり続けているのである、という論法は充分成立しうるものといえよう。もっとも、議員定数配分規定関係の事例では、在宅投票制の場合に比べて立法府の判断に委ねるべき範囲が広く、かつ当該配分規定の合憲性の判定は問題とされる選挙の都度なされざるを得ないという事柄の性格上の相違があるが、この事例についても、右の点を考慮に入れた上で、基本的には先と同様の処理が可能であると思われる。すなわち、論理の問題にすぎないが、現行配分規定は投票価値の平等の立法による実現という憲法上の要請につき、これをたんに実現していないものであるにとどまらず、憲法の要請する、あるべき配分規定を違憲的に改変しているものである、と構成することによってである。

このような意味において、国家賠償訴訟における違法認定の場での立法の作為・不作為は、相互に連続し合い、かつ、一方を他方で説明しても可いような、いわば互換的なものであると特徴づけることができるのではあるまいか。

そうであるとすれば、国家賠償訴訟においては、立法不作為に対する司法判断の要件を立法行為の場合と別して厳格に解する（判決Bはそのように扱ったわけであるが）理由はさほど存在しないとせねばなるまい。各判決について見れば、議員定数配分規定関係のD・Eは、もっぱら配分規定を改正しない立法不作為を問題にしたが、在宅投票制事案各判決のアプローチの仕方は区々である。すなわち、Aは制度廃止措置の違憲のみを判示してその後の復活しない不作為に触れなかったが、これと正反対に、Bは不作為だけを問題にするという方法を採用した。Aは、制度廃止の措置のみを、その後の不復活を問題としない形で違法理由として扱ったから、被告からの消滅時効の主張とかかわって損害発生の時期をどの時点に求めるかという問題を惹起した。この点にかんし、同判決は、原告が損害を知ったのは法律の違憲を確信した時であるとして、その時点まで時効の起算点をずらすという論理を用いた。これは、被害者救済の観点からの操作ではあっても、理論上批判を免かれ難いものであった。Bは、同じ事案をAとは逆にもっぱら立法不作為の面から把えて、右の難点を回避しているが、しかし、先に見た通り、この事案が作為の側からも問題にされ得るものであることに留意しておらず、またそのため、司法判断の要件を不必要に厳格なものとしてしまっている。学説はこの点に批判を寄せ、筆者も前稿でこれを指摘しておいた。我々の観点からすれば、Cのアプローチは注目値する。すなわち、次のようにいう——「在宅投票制度を伴わない改正後の公選法の投票に関する規定は、……『疾病等のため投票所に行くことができない在宅選挙人』に適用されるかぎりにおいて、違憲、違法であり、その都度、それらの者の選挙権が侵害されたものといわなければならない。……右のとおりであるとすれば、原告らの本訴請求の判断にあたり、国会が新たに在宅投票制度ないしこれと同視し得る制度を設けるべき立法措置をしなかったこと、すなわち本件立法不作為の違憲、違法を論ずる必要はない」と。この説示は、Aと外見上似ているが、それ

と異なつて、制度廃止行為がその後も引続き——少なくとも選挙の都度——投票所に赴くことのできない有権者の選挙権行使を侵害し続けていると捉えて、制度が回復されない時期の違法についても作為の側から構成しようとするものであり、先に示した我々のアプローチと同じものを採用していると評価できよう。

(三) 国家賠償法一条一項の適用の能否

(一) 立法作用に対して国賠法一条一項が適用され得るかについては、前述(一参照)の通り、一般論としては従来より学説上も肯定されてきたところであつた。各判決も、Aが立法行為への同条項の適用を認め、D・Eが立法不作為につき肯定し、そして、B・Cが右双方への適用可能性を説示している。これを最も明瞭な形で述べるのはBであり、それは、「国會議員は、法律案を発案し、議決することによって法律の制定という国の公権力行使の最たるものに直接たずさわるものであり」、「国賠法にいう『公務員』には国會議員も含まれ」、そして、国會議員の立法作用は、立法行為だけでなく「憲法上一定の義務があるに拘わらず当該立法をしない」場合の立法不作為も「『その職務を行うについて』に当たる」とするものである。このような国賠法解釈は理論的に支持することができ、今後の裁判例にも受容されるものと見てよいであろう。

(二) 国會議員の故意・過失の認定をめぐり、合議制機関について個々の構成員の過失責任を問題にする余地は全くないとして、その面からこの種の訴訟の成立可能性を否定する見解(たとえばCにおける被告側主張)があるが、これについては、近年、故意・過失を個々の議員に即して認定する必要はなく議員の統一的意識活動たる国会自身の故意・過失を論ずるをもつて足りるとの理論¹⁰⁾が有力になつており、判例もこれを採用して右の問題を解決している。たとえば、Cは、「合議制機関の場合には……それを構成する個々の国會議員の意思についての故意・過失を問題にする必要はなく、個々の国會議員の意思の多数決原理に基づく集約の結果である国会のそれをもつて判断すれば足

りる」とする。A・Bも同旨である。

(二) 各判例のうち、B・Eの事案において、被告ないし控訴人(国側)より、国会議員の立法作用の瑕疵を理由とする国家賠償請求訴訟は、憲法五一条により免責の保障された国会議員の職務行為について法的責任を問うもので不適法である、旨の主張がなされ、このような訴訟において国会議員の免責特権がいかなる意味をもつかが一つの論点として登場してきた。右の主張に対する裁判所の判断は、共通して、免責特権は国会議員に対する裁判権を排除する事由ないし訴訟障碍事由となるものでなく、本案請求の当否にかんする問題である、とする。ただ、右各判例の中で、結論は他と同一であるものの、Cがきわめてユニークな判断を示している。すなわち、同判決は、一方、憲法五一条は議員の院内における言論の自由を保障するものであって国の損害賠償義務を否定するものではなく、他方、加害公務員の個人責任が否定されることは判例上確立された原則であり、さらに、国賠法一条一項の規定を併せ考えると、結局、憲法五一条の意味は、「国会議員(が院内で演説等をするについて)故意又は重過失によって他人に損害を与えたとしても、国から国賠法一条二項によって求償を受けるおそれのないことが、憲法上保障されている」というところに見出され、そのように解釈することこそ、憲法一七条および国賠法と憲法五一条とを「合理的に調和させるもの」である、としている。このような解釈につき、ここでは本格的に論じる余裕はないが、立法作用を国家賠償訴訟という迂回路を通して争うという今日的な訴訟の中で出てきた新しい論点に応えようとする一つの試みとして注目しておきたい。

免責特権については、学説は、従来より、刑事免責にかんしてであるが、右特権は免責を受ける行為を適法なものとするのではなく、ただ政策的考慮から処罰を差し控える効果をもつにすぎないと解しており、各判例の態度は妥当であろう。このようにして、免責特権の主張が許されるのは本案判断の場面に限定されようが、そうであるにしても、国会議員の免責特権は、それが国民主権論の展開のなかで、代議士を自己の選挙区に対する責任から解放するた

めの主張として、命令的委任の禁止と並んで語られてきたという歴史的背景をもつものであるだけに、——右の歴史的事情が直接に解釈論の水準に移され得るものではないにしても——なお検討されるべき多くの課題を孕んだ論点であると思われる。

註

- (1) 参照、下山・前掲書一二三頁。
- (2) ちなみに、先に挙げた郵便貯金目減り訴訟は、躊躇することなく、「本件経済政策の決定等はあけて政府の政治的裁量に属し、その当否の如きは裁判所の判断の対象外というべきである」と断じている。
- (3) たとえば、覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学四〇〇四一—四一八頁（一九六二年）。
- (4) 古崎慶長「違憲の立法行為について国会の過失を認め国家賠償法一条一項を適用した事例」（A判決への評釈）判例評論一九五号二四頁（一九七五年）。
- (5) この点を、私は、前掲評釈（南山法学二卷三号）一九三—四頁で指摘しておいた。
- (6) 野中俊彦「在宅投票制度復活訴訟」控訴審判決の意義と問題点」ジュリスト六七〇号（一九七八年八月一日号）一二三頁。
- (7) たとえば、古崎・前掲評釈二四頁。
- (8) たとえば、野中・同前。
- (9) 小林・同前。
- (10) 参照、古崎「国家補償法」一一三頁（一九七一年）。
- (11) たとえば、法学協会「註解日本国憲法」八〇八頁（一九五四年）。
- (12) 参照、杉原泰雄「国民主権の研究——フランス革命における国民主権の成立と構造」三二四頁以下（一九七一年）。

三 国家賠償法一条一項の適用方法

立法作用、とくに立法作為の違憲を主張する国家賠償訴訟の本案判断において、国賠法の適用上いかなる論点が生じ、またそれにはいかなる特徴があるかについて、補論的に一瞥しておきたい。

(一) 違法性の判断

(一) 在宅投票制事例のなかで、不作為の違法をストレートに問題とした判決であるBは、まず、廃止という作為の違憲・違法を判示した上で、右廃止後にこの制度を回復しないことにつき合理的と認められるやむを得ない事由はないから右回復しない不作為も違憲である、という論法を採っている。このうち、前者の、廃止行為の違憲判断にあたっては——それはA・C両判決と殆んど同一なのであるが——、選挙権という国民主権原理との関連で最重要の権利の制約は合理的理由のある場合に、かつ最小限度に限られるべきであり、また、選挙権行使の機会の平等こそが選挙の公正および投票の秘密の保障より優越して扱われるべきであるから、在宅投票制度に伴う弊害の除去について「より制限的でない他の選び得る手段」の検討を加えることなくこれを廃止してしまったことは、立法目的の点で合理的であっても、立法目的実現のための手段としての適合性の点において合理的であるとはいえず、違憲の措置である、と述べ、このようにして、いわゆる厳格な合理性の基準を用いている。そして、右判断を前提にして、このBは、後者の、制度を復活しない不作為の違憲判断に入り、制度復活を求めるキャンペーンないし請願、国会の委員会での討議、国民の意識の向上等の事実から判断して一定の時点以降復活しない不作為は違憲となる、としたものである。不作為の面からアプローチした判例が、作為の面から論じた判例に比べて、特に新たな基準を呈示したものではない点に、重ねて注目しておきたい。

(二) 他方、配分規定関係の二例は、それぞれ次のような基準の設定を試みている。まず、Dは、「国民の選挙権の如き重要な権利に関し、違憲の法律によって現に右権利が侵害されており、しかも右違憲であることの蓋然性が何びとにも顕著であるときに、内閣……ないし国会議員が右法律の改正法律案を発案しないまま徒過したような場合には、それはもはや政治的ないし道義的責任にとどまらず、右の不作為をもって違法な行為を構成する」と述べて、△顕著な違憲の蓋然性△という判断基準を示し、結局、当該不作為の違憲を結論しなかった。また、Eは、「具体的な……配分規定によって選挙権の投票価値の不平等が直接もたらされている場合であつて、その不平等が憲法……上許容される限度を超えているのかかわらず、国会がその是正措置を講ずるために通常必要と考えられる合理的期間内に右是正のために立法権を行使しなかったときは、その不行使は違法、違憲なもの」となる旨述べるにとどまり、——右引用文のすぐあとで、違法性の判断を中断して、過失の不存在を理由として訴えを斥けるという論理を展開したこともあつて——明瞭な判断基準を呈示していない。

議員定数配分法律の合憲性の審査の場合には、それが立法が投票価値の平等についての多かれ少なかれ実質的・合理的な判断を不可欠とする事柄であるため、その領域での不作為の違法の判断基準は、在宅投票制の事例とは異なつたものとならざるを得ないであろうが、判例上未だ成熟を見ていない。

(二) 故意・過失の判断

判決のうち、在宅投票制関係のA△Cが、故意・過失の存否の具体的判断に進んでいる。そのなかで、Aが、国会は違憲立法を為さない高度の注意義務を有するものであるところ、本件法改正については十分に検討がなされた形跡は見あたらない、として国会の過失を認めたのに対し、BおよびCは、ほぼ同一の理由を挙げて、これを否定している。すなわち、本件法改正の審議は慎重に行なわれたものと認められること(Bの場合、これに加えて、在宅投票制

度廃止後に行なわれた同制度復活を求める請願も憲法上当然要請されるべき同制度の復活を要求するものではなかったこと、学説・判例中に、選挙権保障にはその行使の機会保障の平等も含まれ、従って右制度の廃止ないし不復活は違憲であるとしたものが見えたらないこと、および、諸外国の実例の上では、身体障害者等のための特別な投票手続の採用状況は区々であること、がその理由とされている。本稿のテーマにとって注目されるのは、右のうちBは制度不復活という不作為における過失を問題とするものであり、逆にCは制度廃止という作為におけるそれを取りあげたものであるにもかかわらず、両者の過失認定のアプローチと結論が同一である点である。このことは、右事案のような国家賠償訴訟では、故意・過失の具体的認定の場でも、これを、作為・不作為のいずれの側から行なってもさしたる相違のないことを物語るものといえよう。

(三) 公務員の個人責任の問題

国が国賠法一条によって直接賠償責任を負うほか、当該加害公務員自身も賠償責任を負うことが認められるかという論点をめぐっては、これが問われたD・Eとも、最高裁判例に従って否定説を採っているが、これら事案の性格から考えて若干疑問である。すなわち、筆者は、国賠法に基づく損害賠償制度が被害者の純経済的救済のみをその任務とするものではなく、公務員の職権濫用に対する国民による監督的作用ないし行政統制的作用を営むことを通して、公務執行の適正を担保する機能をも有している点が強調されるべきこと、また、附加的に、不作為による違法行為の場合にはその責任追及の放置がかえって公務員の職務執行の懈怠を助長することになること、および、同法一条二項の求償権規定は国と公務員との内部関係を規律するにすぎないものであって、対国民的關係における拘束とはならないこと、等に鑑みて、一般的に、肯定説を妥当と見るものであるが、さらに、右を一般的前提としつつ、個別的に、すなわち、各種公務員の職務権限の性格と右権限行使の対象たる国民の権利利益の性格、職務遂行の際の法令による

拘束ないし準拠されるべき手続の内容等の面から、公務員の個人責任負担の可否を各別に検討すべきであると考えている。そして、立法作用を問題とする事案では、国会議員の職務遂行（立法活動）が多くの場合国民の憲法上の権利と深く関わっており、それ故にまた、国家賠償訴訟が立法に対する国民によるコントロールの役割を果たすことが強く期待されていること、および、国民代表としての国会議員（ないし政党・会派）の国民に対する責任はすぐれて個別的な性格をもつものであることがとくに留意されなければならず、公務員の個人責任はこのような観点から論じられるべきものと思うのである。

註

- (1) 最三判昭三〇・四・一九民集九卷五号五三四頁、最一判昭四〇・四・一裁判集民事七八号四八五頁、最一判昭五三・一〇・二〇民集三二卷七号一三六七頁、等。

四 若干のまとめ

本稿は、基本的人権の裁判的保障の方途を、一方でその権利の、他方で訴訟形態の、それぞれ性格に即した検討を通して、具体的に探求しようという問題関心から、立法不作為を争う国家賠償訴訟という形態をとりあげ、その成立可能性と意義とを、選挙権関連の諸事案を素材にして考察しようとしたものであった。結局、判例の論点を整理するだけに終ったが、この考察を通して、一応次の諸点を指摘することはできるように思う。

(一) 立法府の不作為の違憲を国家賠償訴訟を提起することにより攻撃するという、すぐれて今日的な性格の訴訟方式は、学説がこれに未だ十分な検討を加えておらず、判例の形成が先行し、そのことが著しい特徴をなしている領域であるが、本稿が対象とした五判例を通してとりあえず確認してよいと思われることは、この種の訴訟が一定の要件

のもとで十分に成立し得るということである。すなわち、廃止された合憲的法律（の条項）が復活されない不作为の違法（在宅投票制関係）、ないし、違憲的法律を適憲的に是正しない不作为の違法（配分規定関係）を争うというタイプの訴訟では、右の各法律が処分的性格を有するものであること、言い換えれば、それにより権利を侵害されたとする国民各個人に対して即時・直接かつ具体的な法的効果を及ぼすものであることが認められる場合には、この訴訟の成立は認められてよく、またこの場合憲法五一条の国会議員の免責特権規定は訴訟要件上の問題とはならない、ということがまず確認できるであろう。

そして、立法不作为に対する司法審査が可能であるかについても、立法裁量・権力分立等の理論は右審査の際の障礙事由とはなり得ず、右審査が一般的に消極に解されなければならない事情は存しないといえよう。また、判例Bが司法審査に入るための要件として示したところの、憲法上義務付けられた立法の八故意の放置Vという基準は、不必要に厳格なものであるといわねばならない。

さらに、国賠法の立法不作为への適用可能性についても、これを肯定することにつき問題は見出されない。

(二) 本稿で扱ったタイプの立法不作为、とりわけ在宅投票制の如く、法律が一旦は合憲的に成立していた事実を前提とするような事案では、これを作為の面から、すなわち廃止措置という立法行為の違憲を主張する仕方です訴求することも可能であることが確認できる。これを凡ゆる立法不作为の事案——とくに生存権関連のケース——に一般化することは差し控えなければならぬと思うが、少くとも右のようなタイプの事案では、作為と不作为とは論理上いは互換的であり、司法審査の要件の判定にあたっても、また、違法性および故意・過失の認定の場合にも、作為・不作为のいずれの側からアプローチしてもその仕方にさしたる差は生ぜず、両者を区別する実質的な意味は認められない。従って、こうした事案については、不作为の側から接近する場合に伝統的見解からする理論的障壁が大きいことにかんがみて（判決Bが試みた前記司法審査の要件の呈示はそれとの調和のための努力であったともいえよう）、作

為を取り上げて判断をすめるというアプローチを採る方が適切である、といえるのではなからうか。

(三) この種の訴訟の真正の目的が、立法の合憲的状況の回復・実現にあり、金銭賠償にあるのではないことはいうまでもない⁽¹⁾。その点からすれば、たしかに、議員定数配分規定関連の訴訟にかんして論者が指摘する通り、「この方法の訴訟においては、たとえば何がしかの較差が違憲とされ損害賠償が認められたとしても、議員定数不均衡訴訟の本来の目的が達成されるわけではない。その本来の目的は、理想とする定数配分を得ることであり、違憲な配分規定のまま選挙が行なわれないようにすることである。その意味でこの訴えの方法は不十分なものといわざるをえない」ものではある。しかし、私は、なお、この種の訴訟のもつ憲法訴訟としての積極的意義の側面にアクセントを置いてこれを評価したいと思う。現行訴訟制度上、合憲的立法状況の実現をストレートに裁判を通して求めた場合には障碍がありすぎるという現状の認識に立って、損害賠償訴訟のバイパスに余儀なく迂回しているのがこの種の訴訟であり、その中で、訴訟の過程(とくに違法性判断の場面)において当該立法不作為の違憲が判断されることは、勿論それは主文に現われるものではないにしても、間接的にせよ右の目的の実現に資しているものであり、その点における、この種の訴訟の権利保障の手だてとしての有用性を看過することはできないのである。

立法不作為に対する国家賠償請求訴訟は、基本的人権の裁判的実現を目指す新しい試みの一つであり、それはまだ緒に付いたばかりのものではあるが、今後一層綿密な論議が求められている問題領域であると考えられ、その考察を、筆者も、ひきつづき取り組むべき課題としたいと思う。

註

- (1) 一例であるが、Cのケースでは、身体障害の条件が異なり従って損害の範囲も異なる六名の原告が、一率に各一〇万円を請求しているのはそのことの証左であるし、また、原告側が、同判決は原告敗訴であるにもかかわらず、判決が在宅投票制度廃止の違憲を判示した点で「実質的に勝訴」(朝日新聞一九八〇年一月一七日付夕刊)であると評価していることにもそ

れは示されている。

(2) 戸松秀典「議員定数不均衡訴訟判決の検討」法律時報五二卷六号(一九八〇年六月号)二三頁。

(3) 野中「選挙をめぐる憲法問題と判例の動向」ジュリスト七一〇号(一九八〇年二月一五号)一〇三頁の指摘する如く、「損害賠償訴訟はそれ自体で完結するのではなく、その真の憲法訴訟的機能は立法府の新たな行為をひきだすことによって初めて果たされる」ものである。

(一九八〇年六月二五日)

追記

本稿については、一九八〇年九月二八日に開催の関西行政法研究会例会において報告する機会を得、有益な数多くの示唆に接した。とくに、(一)当該立法作用の具体的処分性の有無を、訴訟(判断)過程のどこで扱うべきか、(二)国会議員(ないし会派)の個人責任を積極的に構成することの当否、および、右のように構成することと故意・過失を国会全体のそれとして認定することとの論理的整合性如何、等の諸点については、受けた示唆に感謝しつつ、今後一層考察を深めたいと思う。脱稿後であったため本文を補訂することができず、ここに追記する次第である。

また、これも脱稿後に、本稿と関連するものと思われる、戸波江二「立法の不作为と憲法訴訟」(Law School 一九八〇年一〇月号)が公にされたことを知ったが、参照し得ていない。

(一九八〇・九・二九記)